

# VD\_FINDINFO Arrêt / 2013 / 90 vom 8. April 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-04-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Arr\\_t\\_\\_2013\\_\\_90](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t__2013__90)

FR: VD\_FINDINFO Arrêt / 2013 / 90 du 8 avril 2013

IT: VD\_FINDINFO Arrêt / 2013 / 90 del 8 aprile 2013

## Regeste

COMPARAISON DES REVENUS, ESTIMATION DU REVENU, REVENU D'INVALIDE, REVENU D'UNE ACTIVITÉ LUCRATIVE, REVENU D'UNE ACTIVITÉ LUCRATIVE INDÉPENDANTE, REVENU SANS INVALIDITÉ, ADMINISTRATION DES PREUVES, APPRÉCIATION ANTICIPÉE DES PREUVES, APPRÉCIATION DES PREUVES, DEGRÉ DE LA PREUVE, DROIT À LA PREUVE, LIBRE APPRÉCIATION DES PREUVES, MOYEN DE PREUVE, DROIT D'ÊTRE ENTENDU | 29 al. 2 Cst., 28 al. 1 LAI, 28 al. 2 LAI, 28 LAI, 16 LPGA, 6 LPGA, 8 LPGA

## Erwägungen

### E. 1

LPGA) ne court pas durant les fêtes pascales (art. 38 al. 4 let. a LPGA applicable par le renvoi de l'art. 60 al. 2 LPGA), si bien que le recours déposé le 25 avril 2012 contre la décision du 12 mars 2012 l'a été en temps utile. Il est recevable en la forme.

### E. 2

a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1; ATF 125 V 413 consid. 2c; ATF 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53; TF 9C\_694/2009 du 31 décembre 2010 consid. 3.1). b) En l'espèce, le litige porte sur le droit du recourant à une rente d'invalidité.

### E. 3

Le recourant se plaint en premier lieu d'une violation de son droit d'être entendu, au motif que l'OAI ne lui aurait pas laissé le temps de produire des pièces comptables et ne lui aurait pas accordé d'entretien. a) Le droit d'être entendu, prévu à l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101), constitue une garantie générale de procédure. Il comprend le droit pour l'administré, respectivement le justiciable, de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer le sort de la décision, d'avoir accès au dossier, enfin de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 136 V 351 consid. 4.4, 132 V 368 consid. 3.1; TF 9C\_705/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.2; TFA I 507/2003 du 15 janvier 2004, consid. 2.2 et les références). La procédure de notification d'un projet de décision concrétise la garantie du droit d'être entendu dans le cadre de la procédure préalable: par la notification d'un tel acte,

l'administration informe l'assuré de la suite qu'elle entend donner à sa requête, généralement sur le fond, et lui permet de se prononcer sur les éléments retenus (TF 9C\_115/2007 du 22 janvier 2008, consid. 5.2; voir aussi Kieser, ATSG Kommentar, Zurich 2009, n°7 et 8, ad art. 42 LPGA et les références). S'agissant d'une garantie constitutionnelle de caractère formel, la violation du droit d'être entendu doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (TF I 68/2007 du 11 janvier 2008, consid. 2 et les références). Toutefois, selon la jurisprudence, une telle violation est réparée – à titre exceptionnel et pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (TF I 904/2006 du 19 mars 2007, consid. 4.3 et les références; cf. aussi Kieser, op. cit., n°9 ad art. 42 LPGA). b) S'il est douteux que le droit d'être entendu du recourant ait été violé en procédure de première instance conduite devant l'office intimé, on doit constater que le recourant, de son propre aveu, a produit en recours les pièces qu'il aurait souhaité produire devant l'autorité administrative. A cet égard, il n'y a au demeurant nulle trace au dossier de l'intimé d'une demande du recourant tendant à obtenir un délai supplémentaire en vue de la production desdites pièces. En adressant au recourant un projet de décision, l'intimé a du reste garanti son droit d'être entendu dans la procédure préalable, sans qu'il ne puisse lui être fait grief de ne lui avoir pas accordé d'entretien. Quoiqu'il en soit, une éventuelle violation du droit d'être entendu - qui ne revêtirait pas une gravité particulière - devrait être considérée comme réparée. En effet, le recourant s'est déterminé en recours, en réplique et à l'occasion d'observations complémentaires, en produisant des pièces relatives à son activité indépendante ainsi que des pièces médicales, ayant ainsi eu largement la possibilité de s'exprimer devant la présente juridiction, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen (cf. ATF 127 V 431 consid. 3d/aa p. 437). Le grief tiré de la violation du droit d'être entendu est dès lors mal fondé.

#### **E. 4**

RAI (Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité; RS 831.01), a valeur probante s'il remplit les exigences posées par la jurisprudence sur le contenu des rapports médicaux (TF 9C\_600/2010 du 21 janvier 2011 consid. 2; TF I 573/04 du 10 novembre 2005 consid. 5.5; TF I 523/02 du 28 octobre 2002 consid. 3).

#### **E. 5**

a) En substance, le recourant conteste disposer d'une capacité résiduelle de travail de 80% dans une activité adaptée, contrairement à ce que l'intimé a retenu dans la décision litigieuse. Il soutient que ses médecins estiment qu'il est incapable de travailler, que l'instruction de son dossier a été incomplète, et qu'une contre-expertise, respectivement une expertise pluridisciplinaire, devrait être mise en œuvre. b) Le recourant estime que l'examen clinique réalisé par le SMR, selon lui d'une demi-heure, a été trop court et a donc été insuffisant. Toutefois, une consultation, même de courte durée, n'exclut pas nécessairement une étude fouillée et complète du cas (TF I 533/06 du 23 mai 2007 consid. 5.6). En l'occurrence, le status général du rapport SMR repose sur un examen complet, qui tient compte également des plaintes du recourant; en outre, les conclusions portant sur les limitations fonctionnelles somatiques et sur la capacité de travail exigible sont motivées. Le rapport du spécialiste SMR est ainsi conforme aux exigences jurisprudentielles du point de vue formel. c) Le recourant fait grief au rapport établi le 16 novembre 2011 par le SMR d'avoir omis de prendre en considération les douleurs ostéoarticulaires dont il souffre. L'examen clinique effectué le 4 octobre 2011 et l'examen du dossier médical du recourant

par le Dr D. \_\_\_\_\_ ont conduit celui-ci à diagnostiquer des lombalgies mécaniques sur protrusion discale L3-L4 (troubles statiques et troubles de transition) et des gonalgies résiduelles sur status après arthroscopie et intervention sur le ménisque gauche. Ces affections ont été classifiées parmi les diagnostics avec répercussion sur la capacité de travail. Les limitations fonctionnelles en découlant ont été décrites. En ce qui concerne la problématique lombalgique, elle se manifeste dans des activités statiques prolongées ou en charge. En ce qui concerne les problèmes de genou, le médecin du SMR a constaté qu'ils contre-indiquent les activités en charge prolongées, les positions debout prolongées ou l'usage à répétition d'escaliers. L'ensemble de ces limitations fonctionnelles a ensuite été intégré dans le contexte global de la situation de santé du recourant. Le spécialiste SMR arrive notamment à la conclusion que seule une activité permettant les changements de position est accessible au recourant. Le fait qu'il ne puisse "rester assis pendant plus d'une demi-heure" n'a donc pas été méconnu comme le soutient le recourant. d) Le recourant soutient ensuite que le rapport SMR et ceux d'autres médecins, en particulier de son médecin traitant, de son chirurgien et de son cardiologue, adoptent des positions contradictoires au sujet de sa capacité de travail. Il est exact que le Dr T. \_\_\_\_\_, médecin traitant du recourant, admet que son patient présente une incapacité de travail à 100% dans son rapport du 12 novembre 2010. Le Dr T. \_\_\_\_\_ indique par la suite que l'état de santé du recourant ne s'est pas modifié, en renvoyant au rapport du 12 novembre 2010 (certificat médical du 25 avril 2012), puis expose les maux dont le recourant souffre et leur évolution défavorable (lettre du 20 août 2012). En revanche, le 23 septembre 2010, le Dr S. \_\_\_\_\_ informe le médecin traitant avoir donné un bilan rassurant au recourant et proposé la poursuite du traitement en cours, sans apprécier la capacité de travail. Le Dr L. \_\_\_\_\_ indique le 21 octobre 2010 ne pas pouvoir se prononcer sur l'incapacité de travail. L'avis médical du 1<sup>er</sup> juin 2011 du Dr Z. \_\_\_\_\_ constate qu'une capacité de travail "devrait exister"; ce dernier médecin fait ensuite siennes les conclusions du rapport SMR. Les lettres des 5 et 26 septembre 2012 du Dr M. \_\_\_\_\_ ne donnent pas d'indication sur la capacité de travail du recourant, mais exposent les douleurs de celui-ci, en précisant en dernier lieu que le suivi est terminé "car le patient doit maintenant aller travailler sur différents marchés". Ainsi, les conclusions du rapport du SMR au sujet de la capacité de travail du recourant ne sont contredites que par celles du médecin traitant, qui doivent être appréciées avec retenue compte tenu de la relation de confiance nouée avec le patient. De plus, le rapport du SMR tient compte des douleurs du patient, qu'il expose, et des diverses affections qui réduisent la capacité de travail, qui sont reconnues. Les conséquences du froid sur les douleurs thoraciques ne constituent pas non plus un fait nouveau justifiant d'interpeller le spécialiste du SMR, encore moins de s'écarter des conclusions de celui-ci. Dès lors, en l'absence de tout élément médical nouveau et important depuis le dépôt du rapport du SMR, il y a lieu de se rallier aux conclusions de celui-ci quant à la capacité de travail du recourant, avec les limitations fonctionnelles telles qu'elles ont été définies, et considérer que la capacité de travail de l'intéressé est de 40% dans son activité habituelle, et de 80% dans une activité adaptée.

## **E. 6**

a) Selon une jurisprudence constante, le juge examine la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue, les faits survenus postérieurement et qui ont modifié cette situation devant en principe faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 132 V 215 consid. 3.1.1 p. 220; 121 V 362 consid. 1b p. 366 et les références), pour dire qu'un changement de

circonstances postérieures à la décision attaquée n'aurait pas à être pris en compte. Dès lors, il n'y a pas lieu de requérir la production d'un nouveau rapport médical au sujet du recourant en mains du cardiologue, lequel ne saurait apporter d'information utile supplémentaire pour la période considérée, ni de faire établir par le CHUV un certificat relatif à la cicatrice. De même, l'aggravation rapide des atteintes ostéoarticulaires dont le recourant déclare souffrir dans son acte de recours ne peut pas être prise en compte dans la mesure où elle intervient postérieurement à la date à laquelle la décision attaquée a été rendue. b) L'instruction étant complète sur le plan médical, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête de mise en œuvre d'expertise formulée par le recourant. En effet, si l'administration ou le juge (art. 43 et 61 let. c LPGA), se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves; ATF 130 II 425 consid. 2.1, 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu (TF I 848/05 du 29 novembre 2006 consid. 4.2 avec références). Il n'y a pas lieu non plus de donner suite à la demande du recourant tendant à sa comparution personnelle (cf. TF 9C\_254/2011 du 15 novembre 2011 consid. 2.1).

#### **E. 7**

Reste à déterminer le degré d'invalidité présenté par le recourant. a) A teneur de l'art. 16 LPGA, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré. Chez les assurés qui exerçaient une activité lucrative à plein temps avant d'être atteints dans leur santé physique, mentale ou psychique, il y a lieu de déterminer l'ampleur de la diminution des possibilités de gain de l'assuré, en comparant le revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré; c'est la méthode générale de comparaison des revenus (art. 28a al. 1 LAI en corrélation avec l'art. 16 LPGA) (ATF 137 V 334 consid. 3.1.1). Pour fixer le revenu sans invalidité, il faut établir ce que l'assuré aurait, au degré de la vraisemblance prépondérante, réellement pu obtenir au moment déterminant s'il n'était pas invalide, en fonction de ses connaissances professionnelles et des circonstances personnelles. Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible; c'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires (ATF 134 V 322 consid. 4.1; ATF 129 V 222 consid. 4.3.1). b) Chez une personne de condition indépendante, la comparaison des résultats d'exploitation réalisés dans son entreprise avant et après la survenance de l'invalidité ne permet de tirer des conclusions valables sur la diminution de la capacité de gain due à l'invalidité que dans le cas où l'on peut exclure au degré de vraisemblance prépondérante que les résultats de l'exploitation aient été influencés par des facteurs étrangers à l'invalidité. En effet, les résultats d'exploitation d'une entreprise dépendent souvent de nombreux paramètres difficiles à apprécier, tels que la situation conjoncturelle, la concurrence, l'aide ponctuelle des membres de la famille, des personnes intéressées dans l'entreprise ou des collaborateurs. Généralement, les documents comptables ne permettent pas, en pareils cas, de distinguer la part du revenu qu'il faut attribuer à ces facteurs - étrangers à l'invalidité - et celle qui revient à la propre prestation de

travail de l'assuré (TF 9C\_394/2009 du 8 janvier 2010 consid. 2.3; TF 9C\_236/2009 du 7 octobre 2009 consid. 3.3; TF I 83/97 du 16 octobre 1997 consid. 2c, in VSI 1998 p. 121, et I 432/97 du 30 mars 1998 consid. 4a, in VSI 1998 p. 255). L'office AI procède à un rassemblement des comptes individuels, en particulier lorsque le revenu n'est pas établi de manière transparente (ch. 3019 Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité [CIIAI] valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012). c) Aux termes de l'art. 141 al. 3 RAVS, lorsqu'il n'est demandé ni extrait de compte ni rectification, ou lorsqu'une demande en rectification a été rejetée, la rectification des inscriptions ne peut être exigée, lors de la réalisation du risque assuré, que si l'inexactitude des inscriptions est manifeste ou si elle a été pleinement prouvée. Il n'y a matière à rectification que si la preuve stricte (ATF 117 V 265 consid. 3d) est rapportée qu'un employeur a effectivement retenu des cotisations AVS sur les revenus versés ou qu'une convention de salaire net a été fixée entre cet employeur et le salarié (cf. aussi art. 30ter LAVS); établir l'exercice d'une activité lucrative salariée n'y suffit pas (TF I 944/06 du 21 février 2008 consid. 3.1; TF I 401/05 du 17 juillet 2006 consid. 3). La règle en matière de preuve posée à l'art. 141 al. 3 RAVS n'exclut pas l'application du principe inquisitoire; la preuve absolue doit être fournie selon les règles usuelles sur l'administration des preuves et le fardeau de la preuve qui prévalent dans l'assurance sociale, l'obligation de collaborer de la partie intéressée étant toutefois plus étendue dans ce cas (ATF 117 V 261). D'une manière générale, le principe inquisitoire, qui régit la procédure notamment dans le domaine des assurances sociales, n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (voir art. 28 al. 2 et 31 al. 1 LPGA; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). d) Sont réputés revenu sans invalidité et revenu d'invalidité déterminants, les revenus d'une activité lucrative présumés sur lesquels des cotisations AVS seraient perçues (art. 25 al. 1 RAI; RCC 1986 p. 432; TF 9C\_699/2008 du 26 janvier 2009 consid. 3.1). D'autres sources de revenus provenant notamment du patrimoine de la personne assurée, de rentes et de pensions, de prestations d'assistance, d'allocations familiales ou pour enfants, ainsi que les créances sur d'autres assurances n'entrent pas en ligne de compte (ch. 3014 CIIAI). e) En l'espèce, le recourant a travaillé en qualité d'indépendant entre 1997 et 2008. L'intimé a calculé le revenu sans invalidité de 31'300 fr. en se fondant sur l'extrait du compte individuel de cet assuré. Il en ressort que le montant du revenu soumis à l'AVS a été stable de 1997 à 2008. Les éléments fiscaux produits ne permettent pas de s'écarter des chiffres retenus dans les comptes individuels; au demeurant, ils sont largement inférieurs aux revenus soumis à l'AVS selon l'extrait de compte individuel. Par ailleurs, il faut remarquer que la fortune imposable du recourant était nulle selon le fisc. Du reste, en 2002, le prix d'achat de la remorque de vente est remboursé en six annuités. Le certificat de dépôt du 25 avril 2008 pour le montant de 150'000 fr. indique que K.\_\_\_\_\_ est créancière, et non pas le recourant. Quoi qu'il en soit, l'attestation de dépôt du 15 janvier 2008 a trait à un élément de fortune (ventre du bus [...] pour 50'000 fr.), qui n'entre pas en ligne de compte pour déterminer le revenu soumis à l'AVS. Le recourant n'a donc pas apporté d'éléments propres à remettre en cause l'extrait du compte individuel, si bien que rien ne justifie de s'en écarter. Par ailleurs, on ne voit pas non plus en quoi des mesures d'instruction supplémentaires, en particulier la mise en œuvre d'une expertise comptable, permettraient de parvenir à un autre résultat puisque, du propre

aveu du recourant, sa fiduciaire aurait égaré ses pièces et documents comptables. Dans une telle situation, la production du dossier pénal dans l'enquête dirigée contre la fiduciaire du recourant ne saurait pas non plus permettre d'apporter de nouveaux éléments relatifs à la comptabilité du recourant. Il faut ainsi rejeter les requêtes d'instructions complémentaires formulées à ce sujet par le recourant.

## **E. 8**

a) Dans le domaine de l'assurance-invalidité, on applique de manière générale le principe selon lequel un invalide doit, avant de requérir des prestations, entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui, pour atténuer le mieux possible les conséquences de son invalidité; c'est pourquoi un assuré n'a pas droit à une rente lorsqu'il serait en mesure, au besoin en changeant de profession, d'obtenir un revenu excluant une invalidité ouvrant droit à une rente. La réadaptation par soi-même est un aspect de l'obligation de diminuer le dommage et prime aussi bien le droit à une rente que celui à des mesures de réadaptation. L'obligation de diminuer le dommage s'applique aux aspects de la vie les plus variés. Toutefois le point de savoir si une mesure peut être exigée d'un assuré doit être examiné au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret (ATF 113 V 22 consid. 4a p. 28 et les références). Par circonstances subjectives, il faut entendre en premier lieu l'importance de la capacité résiduelle de travail ainsi que les facteurs personnels tels que l'âge, la situation professionnelle concrète ou encore l'attachement au lieu de domicile. Parmi les circonstances objectives doivent notamment être pris en compte l'existence d'un marché du travail équilibré et la durée prévisible des rapports de travail (ATF 138 I 205 consid. 3.1; TF 9C\_236/2009 précité consid. 4.1; TF I 750/04 du 5 avril 2006 consid. 5.3, in SVR 2007 IV n° 1 p. 1; I 11/00 du 22 août 2001 consid. 5a/bb, in VSI 2001 p. 274). Dans le cas d'un assuré de condition indépendante, on peut exiger, pour autant que la taille et l'organisation de son entreprise le permettent, qu'il réorganise son emploi du temps au sein de celle-ci en fonction de ses aptitudes résiduelles. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que plus la taille de l'entreprise est petite, plus il sera difficile de parvenir à un résultat significatif sur le plan de la capacité de gain. Au regard du rôle secondaire des activités administratives et de direction au sein d'une entreprise artisanale, un transfert de tâches d'exploitation proprement dites vers des tâches de gestion ne permet en principe de compenser que de manière très limitée les répercussions économiques résultant de l'atteinte à la santé (TF 9C\_580/2007 du 17 juin 2008 consid. 5.4). Aussi, lorsque l'activité exercée au sein de l'entreprise après la survenance de l'atteinte à la santé ne met pas pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle de l'assuré, celui-ci peut être tenu, en fonction des circonstances, de mettre fin à son activité indépendante au profit d'une activité salariée plus lucrative (TF 9C\_236/2009 précité consid. 4.3; TF I 840/81 du 26 avril 1982, in RCC 1983 p. 246; voir également arrêt 8C\_748/2008 du 10 juin 2009 consid. 4). b) En l'espèce, le recourant n'a pas de formation professionnelle. Il a travaillé comme forain indépendant, plus précisément comme marchand indépendant ambulancier (vente de boissons et de petite restauration), selon le rapport du SMR du 16 novembre 2011. Il a gardé du matériel pour exercer de façon ponctuelle une activité de marchand de barbapapas ou de marrons chauds en fonction des saisons, travail qu'il semble avoir repris d'après la lettre du 26 septembre 2012 de son médecin traitant. Le recourant n'a jamais soutenu avoir reçu une aide importante de la part de tiers, en particulier de K.\_\_\_\_\_. Le rapport initial établi le 7 septembre 2011 par l'intimé montre que le recourant travaille seul; du reste, la rubrique "relations de travail (collègues/employeur)" est restée vierge de toute indication. L'anamnèse professionnelle

dans le rapport du SMR du 16 novembre 2011 ne parle pas de personnel dans l'activité de forain abandonnée en 2007, en précisant que l'aide d'un tiers est nécessaire pour l'installation du matériel et le port des charges dans les activités de marchand de marrons chauds ou de barbabapas. Compte tenu de la taille de l'entreprise du recourant, il est exclu qu'il confie dans une proportion importante les activités de vente à un tiers. Enfin, le recourant mentionne qu'il souffre du froid, auquel il est inévitablement exposé dans les activités qu'il exerce à l'extérieur. Dans de telles conditions, il est légitime d'exiger du recourant qu'il mette fin à son activité indépendante au profit d'une activité salariée moins pénible et plus lucrative. Il ressort des conclusions du Dr D. \_\_\_\_\_, dans le rapport SMR du 16 novembre 2011, que dans l'activité exercée auparavant, le recourant n'a qu'une capacité de travail de 40%; en revanche, dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles, sa capacité de travail est de 80%.

## **E. 9**

a) En l'absence d'un revenu effectivement réalisé - soit lorsque l'assuré, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité lucrative ou alors aucune activité adaptée normalement exigible - le revenu d'invalidité peut être évalué sur la base de données statistiques sur les salaires moyens, telles que résultant notamment de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique (TF 9C\_57/2008 du 3 novembre 2008 consid. 3; TF I 322/03 du 22 mars 2004 consid. 3). Pour fixer le revenu d'invalidité, l'intimé s'est fondé sur les données économiques statistiques tirées de l'ESS pour fixer le revenu auquel le recourant pouvait prétendre en exécutant des activités simples et répétitives (niveau 4 de qualification). En l'absence d'un revenu effectivement réalisé, cette valeur statistique s'applique en principe à tous les assurés qui ne peuvent plus accomplir leur ancienne activité parce qu'elle est physiquement trop astreignante pour leur état de santé, mais qui conservent néanmoins une capacité de travail importante dans des travaux légers. Pour ces assurés, ce salaire statistique est en effet suffisamment représentatif de ce qu'ils seraient en mesure de réaliser en tant qu'invalides dès lors qu'il recouvre un large éventail d'activités variées et non qualifiées, n'impliquant pas de formation particulière, et compatibles avec des limitations fonctionnelles peu contraignantes (TF 9C\_181/2008 du 23 octobre 2008 consid. 4.2.2; cf. TF I 171/04 du 1er avril 2005, publié in: REAS 2005 p. 240).

b) Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui (art. 16 LPGA), on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives; l'examen des faits doit être mené de manière à garantir dans un cas particulier que le degré d'invalidité est établi avec certitude. Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'oeuvre (VSI 1998 p. 293 consid. 3b et les références). On ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités de travail irréalistes. Ainsi, on ne peut parler d'une activité exigible au sens de l'art. 16 LPGA, lorsqu'elle ne peut être exercée que sous une forme tellement restreinte qu'elle n'existe pratiquement pas sur le marché général du travail ou que son exercice suppose de la part de l'employeur des concessions irréalistes et que, de ce fait, il semble exclu de trouver un emploi correspondant (arrêts I 350/89 du 30 avril 1991 consid. 3b, in RCC 1991 p. 329; I 329/88 du 25 janvier 1989 consid. 4a, in RCC 1989 p. 328). S'il est vrai que des facteurs tels que l'âge, le manque de formation ou les

difficultés linguistiques jouent un rôle non négligeable pour déterminer dans un cas concret les activités que l'on peut encore raisonnablement exiger d'un assuré, ils ne constituent pas des circonstances supplémentaires qui, à part le caractère raisonnablement exigible d'une activité, sont susceptibles d'influencer l'étendue de l'invalidité, même s'ils rendent parfois difficile, voire impossible la recherche d'une place et, partant, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle (TF 9C\_651/2008 du 9 octobre 2009 consid. 6.2.2.1; VSI 1999 p. 246 consid. 1 et les références). c) En l'espèce, le recourant était âgé de 53 ans le jour où la décision attaquée a été rendue. Il n'avait par conséquent pas atteint l'âge à partir duquel le Tribunal fédéral reconnaît généralement que ce facteur devient déterminant et nécessite une approche particulière (TF 9C\_355/2011 du 8 novembre 2011 consid. 4.4 et les arrêts cités). En dépit de son absence de formation et de ses limitations fonctionnelles, de nombreuses activités professionnelles dans des activités simples et répétitives lui sont encore accessibles, sans que l'intimé ne doive énumérer avec précision lesquelles sont tout à fait adaptées à ses limitations. d) Lorsque les barèmes de salaire (Enquête suisse sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique) sont utilisés pour déterminer le revenu d'invalidité, pour le choix du salaire statistique, on peut prendre en compte, dans certaines conditions, non seulement le total de toutes les branches de l'économie mais également le salaire d'usage versé pour une activité similaire (TF 9C\_632/2010 du 29 octobre 2010; ch. 3066 CIIAI). En l'absence de formation professionnelle dans une profession adaptée, il convient de se référer au revenu mensuel brut (valeur centrale) pour une activité simple et répétitive dans l'économie privée, tous secteurs confondus (RAMA 2001 no U 439 p. 347). L'OAI ne prend en considération, en règle générale, que des revenus annuels se rapportant à la même période; le calcul des revenus déterminants doit être effectué compte tenu de la situation existant à la date du début de la rente (ATF 129 V 222 et 128 V 174). Il établit, sur des bases temporelles identiques, le revenu acquis en tant que personne valide et celui acquis en tant qu'invalidé, ainsi que les éventuelles modifications des revenus comparés pouvant avoir une incidence sur la rente jusqu'à la date de la décision. Le cas échéant, une autre comparaison des revenus peut être effectuée avant la décision (ch. 3016 CIIAI). En l'espèce, le salaire de référence est celui auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé, soit en 2010, 4'901 fr. par mois (ESS 2010, TA1, niveau de qualification 4). Il faut préciser que ce montant est fixé tous secteurs confondus (et non pas limité à la production et aux services comme mentionné dans la décision attaquée, qui indique également à tort se fonder sur l'ESS 2008). Les salaires bruts standardisés mentionnés dans l'ESS correspondent à une semaine de travail de 40 heures par semaine et il convient de les adapter à la durée du travail hebdomadaire moyenne dans les entreprises pour l'année prise en considération (4'901 fr. x 41,6 heures : 40), si bien que le salaire annuel moyen s'élève à 61'164 fr. pour un travail à plein temps. d) Par ailleurs, l'assuré peut, selon sa situation personnelle, voir ses perspectives salariales être réduites par des facteurs tels que l'âge, le handicap, les années de services, la nationalité, la catégorie d'autorisation de séjour ou le taux d'occupation. Une évaluation globale des effets de ces circonstances sur le revenu d'invalidé est nécessaire. La jurisprudence admet de procéder à une déduction de 25% au maximum pour en tenir compte (ATF 126 V 75). En principe, le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle de l'administration (ATF 126 V 75 consid. 6; ATF 123 V 150 consid. 2). L'intimé a procédé à une déduction de 20% afin de tenir compte des limitations fonctionnelles, qui n'est pas critiquable. e) Le recourant peut exercer une activité légère de substitution à 80% (cf. consid. 5), si bien que le salaire hypothétique est de 48'931 francs

(80% de 61'164 fr., chiffre arrondi). Après l'abattement de 20%, le revenu annuel d'invalidité s'élève ainsi à 39'145 francs (chiffre arrondi). Le revenu sans invalidité de 31'300 fr. dans l'activité indépendante est ainsi inférieur au revenu avec invalidité de 39'145 fr. dans une activité salariée adaptée. En d'autres termes, le calcul de l'intimé indique qu'une activité salariée dans une activité adaptée génère davantage de revenu que l'exercice de la profession d'indépendant choisie et poursuivie au moins partiellement par le recourant. Sur le marché général du travail, la méthode de comparaison des revenus montre que ce dernier n'a subi aucune perte de gain en raison de son état de santé par rapport à sa situation antérieure d'indépendant s'il accepte d'exercer une activité salariée adaptée à ses limitations fonctionnelles. Il en découle que le recourant ne peut pas prétendre à l'octroi d'une rente d'invalidité.

#### **E. 10**

a) Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. b) Il reste à statuer sur les frais et dépens (art. 91 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). En dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais de justice ; le montant des frais est fixé en fonction de la charge liée à la procédure, indépendamment de la valeur litigieuse, et doit se situer entre 200 et 1000 fr. (art. 69 al. 1bis LAI). En l'espèce, compte tenu de l'ampleur de la procédure, les frais de justice doivent être arrêtés à 400 fr. et être mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD). Toutefois, dès lors que le recourant est au bénéfice de l'assistance judiciaire, ces frais sont laissés provisoirement à la charge de l'Etat. Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (art. 55 al. 1 LPA-VD ; cf. art. 61 let. g LPGA). c) Le Juge instructeur a accordé au recourant le bénéfice de l'assistance judiciaire, englobant l'exonération d'avances et des frais judiciaires, ainsi que l'assistance d'office d'un avocat. Dans son décompte du 19 février 2013, l'avocate Lise-Marie Gonzalez Pennec a annoncé 9 heures et 6 minutes, ce qui représente 1'638 fr. (au tarif de 180 fr. l'heure), plus TVA de 8% (131 fr. 04), soit 1'769 fr. 05. S'y ajoutent les débours par 102 fr. 20, plus TVA de 8% (8 fr. 17), soit 110 fr. 40. Le total des opérations de l'avocate d'office s'élève donc à 1'879 fr. 45.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.